

Dissenser NOU del II – utvalgsmedlem Beatrice Dankertsen Hennyng

1. Del VII Håndhevingssystemet, kapittel 16 punkt 1. – utmålingspraksis

Utvalgets mindretall, *Dankertsen Hennyng* og *Breiland*, mener derimot at det uansett, om det foretas endringer av håndhevingssystemet for øvrig, er grunn til å stramme inn på utmålingspraksis, se nærmere kapittel 34.

2. Del VII Håndhevingssystemet, kapittel 21, punkt 21.6.3. – saksomkostninger ved KOFA-klager

Utvalgsmedlemmene *Dankertsen Hennyng* og *Breiland* mener at også oppdragsgiver bør kunne tilkjennes et høyere beløp i større saker og mener at dette også kan bidra til å leverandørene ikke vidløftiggjør sakene og med dette pådrar det offentlige unødvendige saksomkostnader

3. Del VII Håndhevingssystemet, kapittel 21, punkt 21.10.4.4. – håndheving under EØS-terskelverdi

Utvalgets mindretall, medlemmet *Gjønnes* og *Dankertsen Hennyng* har inntatt ulikt standpunkt når det gjelder regler om håndheving under EØS-terskelverdi. Utvalgsmedlem *Gjønnes* mener at EØS-rettens håndhevsregler som omfatter krav til karensperiode, suspensjon og prekontraktuell håndheving skal gjelde fra tre millioner kroner for bygge- og anleggsanskaffelser, og helt opp til EØS-terskelverdi. Det er et stort spenn mellom 3 millioner og 57,8 millioner, og det er etter mindretallet *Gjønnes* sin oppfatning at disse leverandører har krav på samme rettssikkerhet som leverandører over EØS-terskelverdi.

Videre har utvalgsmedlem *Gjønnes* samme vurdering av sanksjonering av ulovlig direkteanskaffelser under EØS-terskelverdi som *Dankertsen Hennyng*, nemlig at disse bør sanksjoneres ved overtredelsesgebyr.

Utvalgsmedlem *Dankertsen Hennyng* mener at utvalgets forslag til forenklede regler om håndheving også skal gjelde for alle kunngjøringspliktige bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi, men med noen tillegg. Det vil si for bygge- og anleggsanskaffelser fra NOK 3 millioner og opp til EØS-terskelverdi.

Dankertsen Hennyng mener at disse bygge- og anleggsanskaffelsene også må være omfattet av regler om vedståelsesfrist, karensperiode, omgjøring, samt sanksjon for brudd på kunngjøringsplikten etter mindretallets forslag i § 3-2 andre ledd.

Oppdragsgiver forbyr å inngå kontrakt i karensperioden, men klage til KOFA medfører ikke at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes slik utvalget har foreslått over EØS-terskelverdi. Suspensjon ved klage til KOFA fremstår som for inngripende ved mindre anskaffelser hvor gjerne kontraktsarbeidet kun tar uker eller måneder. Oppdragsgiver kan imidlertid samtykke til prioritert KOFA behandling før kontraktsinngåelse slik ordningen er i dag. Dette kan eventuelt reguleres i lovbestemmelsen.

Dankertsen Hennyng foreslår at brudd på kunngjøringsplikten kan sanksjoneres ved å ilegge et overtredelsesgebyr. Hvor gebyrets størrelse skal ligge er vanskelige vurderinger, men bør i

alle fall ikke være høyrere enn dette medlemmets forslag til overtredelsesgebyr over EØS-terskelverdi, som er på inntil fem prosent av kontraktens verdi¹.

Reglene om avkortning og uten virkning foreslås ikke innført av medlemmet *Dankertsen Hennyng*, da disse kan være særlig byrdefulle i en bygge- og anleggsanskaffelse og føre til store merkostnader for oppdragsgiver. Oppdragsgiver vil i slike tilfeller ofte ende opp med å engasjere samme leverandør til å gjennomføre den resterende delen av kontraktsforpliktelsene, ettersom andre leverandører kan anse det for risikofylt å overta et bygge- eller anleggsprosjekt som er igangsatt. Det å tvinge igjennom en ny konkurranse i slike tilfeller vil derfor kunne lede til unødvendig samfunnsøkonomiske kostnader i form av forsinket framdrift, økte kostnader og mindre effektiv gjennomføring av bygge og/eller anleggsprosjektet. Også etter EØS-reglene om «uten virkning» kan det gjøres unntak for tilfeller hvor resultatet bare vil bli at ny kontrakt må tildeles eksisterende leverandør. Det kan være vanskelig å vurdere om resultatet vil få et slikt utfall. Av prosessøkonomiske årsaker vil det således være enklere å kun ilegge overtredelsesgebyr i slike tilfeller. Det er heller ikke inntatt regler om uten virkning og avkortning i Danmark og Finland.

4. Del VII Håndhevingssystemet, kapittel 21, punkt 21.12. En revidert domstolmodell - unntak fra forbudet i anskaffelsesloven § 9 mot midlertidige forføyninger etter at kontrakt er inngått

Utvalgsmedlem *Dankertsen Hennyng* mener at dagens anskaffelsesloven § 9 første ledd andre punktum må videreføres i ny lov. *Dankertsen Hennyng* mener det er viktig at det foreligger en endelig avgjørelse på om det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse før kontrakt kjennes uten virkning eller kontrakten avkortes. Dersom domstolen kommer til at det ikke foreligger en ulovlig direkteanskaffelse, har oppdragsgiver (og eventuelt leverandør) blitt pådratt potensielt store unødvendige kostnader. Ved midlertidig stans av kontrakt, vil det også oppstå spørsmål om hvordan behovet skal dekkes i mellomtiden, samt spørsmål om oppdragsgiver har adgang til å kjøpe utenfor kontrakt. At dagens anskaffelsesloven § 9 første ledd andre punktum må videreføres i ny lov gjelder særlig dersom det nå synliggjøres i nytt regelverk at oppdragsgiver som regel er avskåret fra å rette et etterfølgende erstatningssøksmål etter tvisteloven § 32-11.

5. Del VII Håndhevingssystemet, kapittel 21.13 om åpenhet om kontrakter og utbetalinger

Utvalgsmedlem *Dankertsen Hennyng* vil bemerke at forslaget ikke er nærmere utredet og utvalget har ikke hatt grunnlag for å vurdere de administrative byrdene og kostnadene forslaget medfører, herunder antakelsen om at forslaget vil være enkelt, ha lav kostnad og medføre liten byrde for oppdragsgiver. Utvalgsmedlem *Dankertsen Hennyng* mener derfor at departementet må foreta en nærmere vurderingen av dette, dersom det er ønskelig å innføre en slik bestemmelse. Utvalgsmedlem *Dankertsen Hennyng* vil videre bemerke at offentliggjøring/tilgjengeliggjøring av etterskuddsvis informasjon (årlige oversikter) over

¹ I lovforslaget i NOUen er det i tillegg inntatt en øvre og nedre grense som *Hennyng* har foreslått skal gjelde for anskaffelser over EØS-terskelverdi. Denne øvre og nedre grensen var ikke en del av forslaget til dette medlemmet under EØS-terskelverdi, så NOUen er feil på dette punktet.

totale kjøp fra alle oppdragsgiveres leverandører, kan gi et forkjært bilde. Årsaken til det er at noen leverandører kan være kontraktspart på flere kontrakter eller leverandør på enkeltkjøp under lovens innslagspunkt. Oppdragsgivere kan også være organisert i ulike innkjøpsenheter som kan ha kontrakter med samme leverandør. En slik offentliggjøring vil såldes kunne medføre at oppdragsgivere må bruke mye tid på å svare ut hvordan de totale kjøpene hos en enkelt leverandør er fordelt. Forholdet til offentlighetsloven må også vurderes.

6. Kapittel VIII Gjennomføring av håndhevingsdirektivet Kapittel 29.6.3. Midlertidig avgjørelse mot fortsatt kontraktsoppfyllelse ved påstand om ulovlig direkteanskaffelser

Utvalgsmedlem *Dankertsen Hennyng* foreslår å videreføre anskaffelsesloven § 9 første ledd andre punktum. *Dankertsen Hennyng* mener det er viktig at det foreligger en endelig avgjørelse på om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse før kontaktsforholdet må stanses. Dersom domstolene eller KOFA kommer frem til at det ikke foreligger en ulovlig direkteanskaffelse, har oppdragsgiver (og eventuelt leverandør) pådratt potensielt store og unødvendige kostnader. Behovet for å stanse kontrakten midlertidig anses dessuten mindre når KOFA vil få kompetanse til å kjenne en kontrakt uten virkning eller avkorte kontraktens levetid. Det i seg selv vil være særlig inngripende for oppdragsgiver, og bør ikke inntreffe før spørsmålet om ulovlig direkte anskaffelse er endelig avgjort. Ved midlertidig stans av kontrakt, vil det også oppstå spørsmål om hvordan behovet skal dekkes i mellomtiden, samt spørsmål om oppdragsgiver har adgang til å kjøpe utenfor kontrakt. Med den knappe tiden utvalget har hatt til rådighet for å vurdere konsekvensene av dette forslaget, mener *Dankertsen Hennyng* at departementet må vise varsomhet med å ta flertallets forslag til følge uten nærmere gjennomgang av de konsekvensene forslaget vil medføre. Dette gjelder særlig dersom oppdragsgiver er avskåret fra å rette et etterfølgende erstatningsspørsmål etter tvisteloven § 32-11.

7. Kapittel VII Gjennomføring av håndhevingsdirektivet, punkt 12.6.2. - overtredelsesgebyret større over EØS-terskelverdi.

Utvalgets medlem *Dankertsen Hennyng* har på et avgrenset punkt en avvikende vurdering fra utvalget, og det er størrelsen på overtredelsesgebyret. Dette utvalgsmedlem mener at Norge bør legge seg på dansk nivå når det gjelder overtredelsesgebyrets størrelse. Gebyrets størrelse anses å ha tilstrekkelig preventiv effekt i Danmark, og dette medlemmet ser derfor ikke noen grunn til å ha et høyere sanksjonsnivå i Norge. *Dankertsen Hennyng* foreslår derfor at maksimalt gebyr for ulovlig direkteanskaffelser skal være fem prosent av kontraktens verdi, oppad begrenset til femten millioner kroner og nedad begrenset til 40 000 kroner.

8. Kapittel 34 Erstatning, punkt 34.7.6. – utmåling

Utvalgsmedlemmene *Breiland* og *Dankertsen Hennyng* slutter seg til flertallets syn om at domstolene ved utmålingen av erstatningen bør legge seg på samme linje som danske og svenske domstoler og at utmålingen reguleres i lovbestemmelsen. Erstatningsutmålingsspørsmålet fordrer vanskelige vurderinger, herunder er det vanskelig å overprøve leverandørenes kalkyler og tapsbegrensningstiltak. Ved utmåling av beløp for positiv kontraktsinteresse i saker hvor lov om offentlige anskaffelser er brutt, mener disse medlemmene at domstolene også må hensynta at det ikke foreligger et brudd på en eksisterende kontrakt, men en forspilt mulighet til å inngå en kontrakt. Det er en vesensforskjell mellom disse to situasjonene. I en situasjon med en brutt kontrakt, har

leverandøren innstilt sin virksomhet mot denne kontrakten, og antagelig sagt nei til å delta i andre tilsvarende konkurranser. Derimot, i en situasjon med en mulig kontrakt, vil leverandøren ikke i like stor grad ha innstilt sin virksomhet mot den mulige kontrakten og ikke ha avslått andre kontrakter av interesse. Det vil være vanskelig for retten å anslå i hvilken grad en forbigått leverandør har hatt mulighet til å erstatte den tapte kontrakten med andre kontrakter. For å forenkle utmålingen og for å sikre at utmålingen kommer ned til ønsket nivå, mener disse medlemmene at departementet bør vurdere å lovregulere erstatningens størrelse og eventuelt sette et øvre prosentmessig og nominelt tak. Hertil bemerkes at høyeste utbetalte erstatning i Sverige og Danmark er på henholdsvis 2 millioner svenske kroner og 6 millioner danske kroner.

9. Kapittel 34 Erstatning, punkt 34.7.8. - Erstatningsansvar i anskaffelser under EØS-terskelverdi

Utvalgsmedlemmene, *Dankertsen Hennyng* og *Breiland*, mener at departementet bør vurdere om det for anskaffelser under EØS-terskelverdi, bør innføres et skjerpet ansvarsgrunnlag slik at det bare er forsettlig eller grovt uaktsomme brudd på regelverket som kan lede til erstatningsansvar for fortjenestetap. Disse utvalgsmedlemmene mener at departementet også må vurdere om erstatning for positiv kontraktsinteresse ved brudd på avlysningsplikten, bør avskjæres for anskaffelser under EØS-terskelverdi.

10. Kapittel 37 Oppsigelse av kontrakt, punkt 37.2.5. – Oppsigelsesplikt som følge av ulovlig tildelingsbeslutning

Utvalgsmedlemmene *Dankertsen Hennyng* og *Breiland* bemerker at bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse og gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Forslaget medfører en overimplementering og øker kompleksiteten i regelverket. Disse utvalgsmedlemmene mener at hensynet til partenes behov for å innrette seg etter kontrakten må veie tungt. Dersom en oppdragsgiver inngår kontrakt etter at KOFA har funnet at tildelingen er i tråd med regelverket, eller i en midlertidig avgjørelse ikke har opprettholdt suspensjonen, så må oppdragsgiver og leverandør kunne innrette seg i den tro at kontrakten består.

Dette må gjelde selv om domstolen eller KOFA senere kommer til at tildelingen var ulovlig ved endelig avgjørelse. Det kan være gode grunner for at oppdragsgiver inngår kontrakt før endelig avgjørelse foreligger, for eksempel fordi det har oppstått et akutt behov. Dersom oppdragsgiver senere må si opp kontrakten, vil oppdragsgiver kunne bli erstatningsansvarlig både overfor kontraktsparten og den forbigåtte leverandøren dersom denne krever erstatning for positiv kontraktsinteresse. Videre vil oppdragsgiver måtte starte hele anskaffelsesprosessen på nytt, ettersom det ikke lenger foreligger bindende tilbud i den opprinnelige konkurransen. Den forbigåtte leverandøren vil således uansett ikke kunne komme i kontraktsposisjon, noe som kunne begrunnet en oppsigelsesplikt. Utfallet av ny konkurranse kan hertil resultere i at samme leverandøren vinner den nye konkurransen.

Det oppstår videre spørsmål om hvordan oppdragsgiver skal få dekket behovet i mellomtiden. Disse utvalgsmedlemmene mener forslaget vil kunne virke prosessdrivende og føre til store økonomiske tap for oppdragsgiver. Det vil også føre til at oppdragsgiver fremstår som en usikker kontraktspart, noe som kan føre til økte priser ettersom denne usikkerheten vil måtte prises inn i leverandørens tilbud. Effekten av oppsigelsesplikten fremstår således som lite samfunnsøkonomisk og fremmer ikke effektiv bruk av samfunnets ressurser. Mindretallet vil vise til at direktivet ikke krever at det innføres bestemmelser om oppsigelsesplikt ved ulovlige tildelingsbeslutninger. Videre mener mindretallet at utvalget ikke i tilstrekkelig grad har rukket å utrede alle de kontraktsrettslige implikasjoner som følger av en oppsigelsesplikt. Dette gjelder spesielt også ettersom Danmark har en annerledes innretning av

erstatningsreglene, som gjør at det i liten grad utbetales erstatning som følge av brudd på anskaffelsesregelverket. Etter mindretallets syn taler dette imot å innføre en slik bestemmelse. Mindretallet mener også at utvalget ikke har hatt mulighet til grundig å undersøke hvordan bestemmelsen fungerer og praktiseres i Danmark, og mener at oppdragsgiver heller kan gis en oppsigelsesrett i slike tilfeller.